



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

SENTENCIA N° 2020-06-021 NYRD

Bogotá D.C. Junio Once (11) de dos mil veinte (2020)

EXP. RADICACIÓN: 250002341000 2017 01369 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.
DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
TEMAS: Sanción administrativa por la presunta vulneración del derecho a la libre elección de los usuarios- Violación al debido proceso/infracción a las normas en que debía fundarse
ASUNTO: Sentencia de primera instancia

MAGISTRADO PONENTE: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Vista la constancia Secretarial que antecede, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre las pretensiones de la demanda, señalando previamente que se ha efectuado el control de legalidad y no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, así mismo que la decisión se adoptará teniendo en cuenta los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1.1. Resumen de la Demanda (Fls. 1 a 114 C1).

La sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y a través de apoderado judicial solicitó como pretensiones principales de la demanda:

“A. PRETENSIONES PRINCIPALES:

PRIMERA: *Se declare la Nulidad de la Resolución No. 62889 del 26 de septiembre de 2016, mediante la cual la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, impuso a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. una sanción pecuniaria por la suma de \$4.832.390.095, equivalente a siete mil nueve salarios mínimos mensuales legales vigentes (7.009 SMMLV).*

SEGUNDO: *Se declare la nulidad de la Resolución No. 87851 del 20 de diciembre de 2016, mediante la cual se resolvió un recurso de reposición y se confirmó en su totalidad la resolución anterior.*

TERCERO: *Se declare la nulidad de la Resolución No. 7862 del 27 de febrero de 2017, mediante la cual se resolvió un recurso de apelación y se confirmó en su totalidad la resolución 62889 de 2016.*

CUARTO: *Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se declare que COMUNICACIÓN CELULAR S.A COMCEL S.A. no está obligada a pagar suma alguna de dinero por concepto de sanción impuesta, y se disponga que la Superintendencia de Industria y Comercio reintegre la suma de dinero pagada por concepto de la multa, indexada más los interés moratorios que correspondan a la máxima tasa legal.*

QUINTO: *Que se condene en costas a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.*

B. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

PRIMERO: *Se modifique el artículo segundo de la Resolución No. 62889 del 26 de septiembre de 2016, específicamente en el sentido de disponer la disminución de la multa impuesta a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. de conformidad con el principio de congruencia y con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad relativos a la dosimetría de la sanción.*

SEGUNDO: *Se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio, a título de restablecimiento del derecho, reintegrar a favor de la demandante, el valor correspondiente a la diferencia entre sanción impuesta por aquella y la suma que se fije, indexada más los intereses moratorios que correspondan a la máxima tasa legal.*

TERCERO: *Que se condene en costas a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO”*

Los hechos que fundamentan el libelo de la demanda son:

- En atención a la Resolución No. 31080 de 2016 “*por la que se inicia una investigación administrativa mediante Formulación de cargos*” la Sala de Monitoreo de Medios de la SIC trasladó a la Dirección de investigaciones de protección de usuarios de servicios de comunicaciones a través de memorando del 5 de mayo de 2016 las piezas publicitarias divulgadas por Comcel en el Diario el Tiempo, el sábado 9 de mayo de 2015.

- La sala de monitorio de medios ingresó al portal Web de COMCEL los días 1 de diciembre de 2015 y 4 de mayo de 2016 en donde encontró la siguiente información: i) Págalo a 24 cuotas desde 102.751 mensuales y te regalaremos 6 cuotas de tu iPhone GS; ii) Lleva el nuevo celular Huawei P8 edición limitada hasta con 6 cuotas gratis; iii) Compra el Mate S a 24 cuotas sin intereses y claro te regala 12 cuotas y iv) en Navidad claro te regala la mitad de tu Smartphone- una cuota la pagas tú, una cuota la paga claro.

- La Dirección de Investigaciones de Protección de usuarios de Servicios de Comunicación de la SIC, mediante Resolución 310880 de 25 de mayo de 2016, inició investigación administrativa mediante formulación de dos cargos en contra de COMCEL, con ocasión a la vulneración del ejercicio de libre elección, al condicionar ofertas promocionales sobre equipos terminales móviles a la i) suscripción de un contrato de prestación de servicios, ii) no desactivación el servicio y iii) a que no se incurriera en mora, es decir se incurrió en la infracción contenida en el literal b del numeral 10.1 del artículo 10 y el artículo 17 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

- El 27 de junio de 2016 COMCEL presentó descargos oponiéndose a la imputación de cargos dentro del término legal, escrito en el cual solicitó al despacho la práctica de la prueba testimonial del Señor Andrés Carlésimo Rey quien trabaja en COMCEL como Director de Desarrollo de productos Móviles.

- A través de la Resolución No. 53313 del 12 de agosto de 2016 “Por la cual se decreta la práctica de pruebas dentro de la presente investigación administrativa”, se incorporaron las pruebas recopiladas por parte de la SIC y las presentadas por COMCEL, pero se negó la prueba testimonial solicitada.

- El 30 de agosto de 2016, COMCEL presenta recurso de reposición en contra de la Resolución 53313 del mismo mes y año, argumentando que la prueba testimonial solicitada debía ser decretada ya que era útil, conducente y pertinente.

- Mediante Resolución No. 62889 del 26 de septiembre de 2016, la demandada declaró improcedente el recurso de reposición interpuesto.

- A través de la Resolución 62889 del 26 de septiembre de 2016, se impuso una sanción pecuniaria a COMCEL por la suma de (4.832.390.095), tras considerar que vulneró el numeral 10.1. del artículo 10 y el parágrafo 1 del artículo 17 de la Resolución CRC 3066 de 2011.

Se impuso el valor de multa teniendo en cuenta el promedio de abonados pos pago de la sociedad COMCEL S.A. para el año 2015.

- COMCEL interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación en contra de la Resolución No. 62889 de 26 de septiembre de 2016, mediante escrito de fecha del 21 de octubre de 2016.

- Mediante las Resoluciones Nos. 87851 de 2016 y 7862 de 2017, se confirmó la Resolución No. 62889 del 26 de septiembre de 2016.

Como **normas violadas** señala que se desconocen el Artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, artículo 6, 29 de la Constitución política, Artículo 67 de la ley 1341 de 2009, artículo 66 de ley 1341 de 2009.

Los **cargos de nulidad** que invoca son los siguientes:

Primer cargo: Infracción de las normas en que debía fundarse -vulneración al debido proceso. (principios de legalidad, tipicidad, congruencia, non bis in idem y proporcionalidad)

Refiere el demandante que las Resoluciones No. 62889 de 2016, 87851 de 2016 y 7862 de 2017 por las cuales se impuso una sanción y se impartió una medida administrativa están viciadas de nulidad por cuanto vulneran los principios del debido proceso, legalidad y tipicidad, ya que no es admisible que la autoridad administrativa por medio de interpretaciones establezca nuevas conductas objeto de sanción, como ocurre en el caso particular, puesto que la entidad demandada configuró ilegalmente dos cargos, con ocasión a una misma conducta.

En ese sentido sostiene que la conducta sancionada debe estar debidamente descrita en la normatividad aplicable, situación que no ocurre en el *sub lite*, pues al analizar las piezas publicitarias demandadas estas contenían una oferta comercial al público consistente en el operador asumía algunas de las cuotas del

terminal móvil si se daban los siguientes supuestos: i) la Adquisición de determinados terminales móviles con un pago diferido a 12 o 24 cuotas con COMCEL; ii) que el usuario cuenta con un plan activo con un cargo fijo mensual desde 69.900 o 71.900 pesos y iii) que este no se encuentre en mora. En atención a dicho contenido concluye que:

- i) **No se dan los presupuestos señalados en el literal b del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC referente al principio de la libre elección**, puesto que el usuario puede elegir libremente el proveedor de servicios de telecomunicaciones pues podía activar únicamente el terminal móvil en condiciones comerciales o adquirir el plan señalado en la oferta en cualquier momento, es decir, a su juicio ninguna de las prestaciones, ni el bien, ni el servicio, se ofrecían inescindiblemente vinculadas a la otra.

Y en el evento en que el usuario decidiera acogerse a la oferta y adquirir el bien en esas condiciones, podía dar por terminado el contrato de prestación de servicios en cualquier momento, sin que fuera impuesta sanción alguna y conservaba el equipo.

De igual forma, afirma que el prestador no está obligando al usuario a la realización de acuerdo de exclusividad por cuanto aun existiendo la oferta este podía dar por terminado en cualquier momento cualquiera de los contratos y activar el terminal móvil con cualquier operador, así como tampoco limita, condiciona o suspende el derecho a la libre elección del usuario, con la entrega de beneficios comerciales.

- ii) **No se contravino a la disposición contenida en el artículo 17A de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC**, por cuanto la oferta comercial realizada por Comcel no incluye cláusulas mínimas de permanencia, pues el usuario puede cambiar en cualquier momento de proveedor de servicios de comunicaciones móviles sin que se genere una sanción por esto, evento en el cual tendrá que pagar el terminal móvil en condiciones comerciales.

Al respecto concluye que la actuación administrativa sancionatoria, no se dio en cumplimiento a los principios de tipicidad, reserva de ley y debido proceso, pues en la investigación se interpretó erróneamente lo contenido en la Resolución 3066 de 2011 de la CRC, al considerar que esta prohíbe cualquier relación entre el contrato de adquisición del equipo y el de la prestación del servicio cuando las condiciones y restricciones de uno, afecten, modifiquen o incidan en el otro y viceversa, pues lo proscrito es el que condicione la compraventa o cualquier acto de enajenación de los equipos terminales móviles a la celebración de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones.

En lo atinente a la vulneración de los principios de congruencia y *non bis in idem*, manifiesta el apoderado del extremo actor, que la SIC utilizó el mismo fundamento jurídico para aperturar la investigación administrativa respecto de dos cargos distintos, sin embargo, no determinó la configuración de cada uno de ellos, sino que concluyó simplemente la vulneración del literal b del numeral 10.1 del artículo 10 y del artículo 17A de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC, lo que también evidencia que las faltas imputadas tienen no solo una identidad de causa pues ambas provienen de unas ofertas comerciales realizadas por la parte demandante.

Por último, en lo que tiene que ver con el desconocimiento de los factores relacionados con la proporcionalidad de la sanción, trae a colación el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 que establece los criterios de dosificación que debe aplicar la autoridad al momento de imponer las sanciones establecidas en la ley, los cuales, argumenta, son omitidos por la entidad demandada por cuanto:

- No se demostró que el daño producido sea cierto, demostrable y verificable, sin que sea posible su acreditación con la simple enunciación de la violación a una norma, por cuanto debe certificarse como la conducta sancionada vulneró o puso en peligro el bien jurídico tutelado.
- No tuvo en cuenta que la empresa investigada no ha reincidido en la infracción de la norma
- La sanción impuesta no es proporcional a la conducta antijurídica así como tampoco razonable, por cuanto nunca se explica la fórmula aplicada con la cual se obtuvo la sanción de 7000 SMMLV.

Segundo cargo: Nulidad por desconocimiento del derecho de audiencia y defensa.

En el caso concreto, la vulneración al derecho de defensa se configura no solo con la negativa de practicar una de las pruebas solicitadas por COMCEL, referente a un testimonio, sino también con la denegación del recurso interpuesto contra el acto que decreto las pruebas, cuando por la naturaleza sancionatoria del procedimiento administrativo, esta decisión era apelable, a la luz de la Jurisprudencia del Consejo de Estado y la disposición del artículo 67 de la Ley 1341 de 2009.

1.2. Contestación de la Demanda (Fls. 227 a 239 CP1)

La Superintendencia de Industria y Comercio se opone a las pretensiones de la demanda y procede a pronunciarse frente a los cargos formulados así:

1. Frente a la presunta violación al principio de legalidad, debido proceso y tipicidad, no comparte las apreciaciones esbozadas por el extremo actor referentes al cargo denominado como "*Infracción en las normas en que debía fundarse*" cuando en realidad se trata de *Falsa Motivación de los actos administrativos*, la cual carece de fundamento jurídico, por cuanto, los actos administrativos se encuentran debidamente motivados, en tanto se realizó un análisis de todas las piezas publicitarias traídas a la actuación administrativa y advirtió una clara vulneración a las normas imputadas en sede administrativa.

De igual forma, en relación a la presunta indebida aplicación del artículo 4 y el literal b) del artículo 10.1 de la Resolución CRC 3066 de 2011 explica que la libertad de elección es un principio que debe regir todas relaciones de consumo entre los usuarios y los proveedores de servicios de comunicaciones, por lo cual se prohíbe que aquellos o terceros con poder de decisión o disposición puedan limitar, condicionar o suspender el derecho de la libre elección de los usuarios.

Así las cosas, argumenta, que si encontró que con las conductas adelantadas por COMCEL se infringió la disposición señalada *ut supra*, ya que del análisis

de la publicidad emitida para el periodo de mayo de 2015 a febrero de 2016, se evidenció que para que los usuarios pudieran acceder a los incentivos económicos de la adquisición de los equipos móviles terminales, con financiación a 24 cuotas, debían suscribir un contrato de servicios de comunicaciones en la modalidad pospago, con unos cargos básico fijos de \$69.900 y \$ 71.900 definidos por el mismo proveedor, lo cual va directamente en contravía del derecho que les asiste de elegir libremente el plan tarifario de acuerdo a sus necesidades personales.

Por lo anterior, indica que las pretensiones elevadas por el demandante no pueden prosperar, como quiera que quedó plenamente demostrado que COMCEL vulneró el derecho de libre elección de los usuarios, al condicionar los incentivos asociados a las ofertas promocionales sobre financiación de equipos terminales móviles, a la suscripción de un contrato de prestación de servicios de comunicaciones en la modalidad pospago con un cargo fijo establecido por el mismo proveedor, desconociendo la independencia que debe existir entre los contratos de compraventa de equipos terminales y los contratos de prestación de servicios de comunicaciones.

De otro lado, en lo referente a la interpretación del artículo 17A de la Resolución 3066 de 2011 realizada por Comcel, según la cual no son ilícitas las conductas de vinculación o incidencia, puso de presente que dicha norma señala particularmente que está prohibido a los proveedores de servicios de comunicaciones móviles condicionar la celebración de los contratos de prestación de servicios a la venta de equipos, así como tampoco podrán condicionar la compraventa o cualquier acto de enajenación de los equipos terminales móviles a la celebración de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones móviles.

Adicional a ello, indica que tal y como fue señalado en el recurso de reposición, al analizar el material probatorio al interior de la investigación administrativa, se logró establecer la dependencia existente entre el contrato de adquisición de equipos terminales móviles con el contrato de prestación de servicios de comunicaciones, la cual resulta claramente identificable a partir de las siguientes condiciones:

- a) Activación de un plan en la modalidad post pago con un cargo fijo predeterminado en las promociones, acción que se extiende a la migración, portación o reposición en un plan pospago.
- b) Disminución del cargo fijo del plan contratado en la modalidad pospago.
- c) Terminación del contrato de prestación de servicios de comunicaciones con anterioridad al vencimiento del plazo de 24 meses para pagar el equipo terminal adquirido.
- d) Incurrir en mora en el pago del cargo fijo del contrato de prestación de servicios de comunicaciones suscrito.

En ese sentido, reitera que COMCEL S.A. si condicionó la venta de equipos terminales móviles al cumplimiento de las citadas condiciones de los contratos de servicios de comunicaciones, debido a que los incentivos para la adquisición de los equipos desaparecerían de presentarse situaciones que dieran lugar a la terminación, disminución o incumplimiento del contrato de prestación de

servicios de comunicaciones, lo que facultó a la SIC a imponer la sanción a que había lugar.

En lo que tiene que ver con la dosimetría de la sanción impuesta, sustenta que la empresa demandante transgredió las disposiciones previstas en el régimen de Protección a Usuarios de Servicios de Comunicaciones, en razón a la venta condicionada de equipos móviles, por lo que la graduación de la multa fue resultado del análisis de la gravedad de la falta y las circunstancias particulares.

Frente al argumento del criterio del daño, se aclaró que no es de recibo lo señalado por el extremo actor, como quiera que únicamente es necesario establecer si se cumplieron o no las obligaciones previstas por la ley y el regulador y no calificar los perjuicios ocasionados con dicha conducta, por lo cual la SIC puede imponer la sanción a que haya lugar cuando se acredite la infracción al ordenamiento.

También indica que, si se tuvieron en cuenta los criterios establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, es decir la relevancia de los derechos que se encuentran en juego por la vulneración de las obligaciones propias del régimen de protección al consumidor de comunicaciones.

2. Respecto al desconocimiento del derecho de audiencia, arguye que el testimonio solicitado por COMCEL S.A. fue rechazado, bajo presupuestos normativos que rigen el procedimiento administrativo, toda vez indica que la prueba solicitada no cumplía con los requisitos de conducencia y utilidad.

Adicional a lo anterior y frente al recurso de reposición interpuesto en contra de dicha decisión, sostiene que este fue declarado improcedente, en atención a lo establecido en el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011 y si bien es cierto los extractos jurisprudenciales traídos a colación por el demandante referidos a la oportunidad de discutir en sede administrativa la decisión de negar las pruebas, se claro que dicho caso, hacía referencia a un proceso disciplinario cuya normatividad aplicable si permitía la discutir tal acto.

En consecuencia, solicita se nieguen las pretensiones y no se acojan ninguno de los argumentos expuestos en la demanda, ya que los actos administrativos demandados no adolecen de ninguna causal de nulidad.

II. TRÁMITE PROCESAL SURTIDO EN PRIMERA INSTANCIA

Se infiere de las documentales obrantes en el cuaderno principal del expediente que se han cumplido las formas propias del juicio o proceso de nulidad y restablecimiento del derecho dado que: la demanda fue radicada el 25 de agosto de 2017, y asignada mediante Acta de Reparto al despacho N° 250002341000 2017 01369 00 (Fl. 143), la cual fue inadmitida a través del Auto del Auto del 12 de diciembre de 2017 (Fl. 145-148) subsanada y admitida el 13 de Julio de 2018 (Fls. 205 a 207), debidamente notificado a las partes¹ al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls.211 a 222); se surtieron oportunamente los traslados secretariales para contestación de demanda (Fl. 223); el 07 de diciembre de 2018 se emitió Auto señalando fecha y hora para la

¹ A la entidad demandada -Superintendencia de Industria y Comercio: envió electrónico folio 213, 26 de julio de 2018. A la parte demandante por estado del 16 de julio de 2018.

realización de la audiencia inicial (Fl. 267-268); el 12 de Marzo de 2019 se llevó a cabo la diligencia de audiencia inicial, surtiéndose todas las fases del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (Fls. 267 a 298S); y finalmente, por considerarse innecesaria la realización de audiencia de pruebas y de alegaciones y fallo, se corrió traslado para alegar a las partes y para presentar concepto del Ministerio Público.

2.1. Alegatos de conclusión de las partes y concepto del Ministerio Público

La *parte demandante* a través de memorial radicado el 6 de septiembre de 2018 (Fls. 723 a 827 C1) reiteró los argumentos expuestos en su escrito de demanda, es decir la inexistencia de cláusulas de permanencia y de la vulneración del principio de libre elección de los usuarios, ambas contenidas en los numeral 10.01 del artículo 10 y artículo 17A la Resolución 3066 de 2011, así como la inaplicación de los criterios de proporcionalidad de la sanción establecidos en el artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, en lo que tiene que ver con la certeza del daño producido y la falta de reincidencia de Comcel.

Lo anterior como quiera que las condiciones de las ofertas comerciales para acceder al incentivo fueron informadas a los usuarios, para que aquellos pudieran tomar la decisión que más se ajustaran a sus intereses dentro de las siguientes alternativas: i) adquirir la terminal móvil y activarlo con la empresa con las condiciones para ser beneficiarios del descuento, y en caso de no estar conforme con el servicio puede dar por terminado el contrato de prestación sin ningún tipo de penalidad, con la única consecuencia de que perdería la rebaja y deberá pagar el equipo en condiciones normales, pero sin perder las cuotas que habían sido asumidas por Comcel, hasta el momento de la terminación o generar intereses; ii) adquirir el terminal móvil en Comcel y de considerar inconveniente la oferta puede activarlo en cualquier otro operador; iii) adquirir el terminal móvil con cualquier otro operador y activarlo en Comcel y iv) adquirir el terminal móvil del operador de su preferencia y activarlo en otro, haciendo uso de las ofertas y condiciones comerciales de dichos operadores.

De igual forma, sostiene que ninguna de las cláusulas de los contratos de “compraventa de equipos terminales móviles de contado” y “compraventa de equipos terminales móviles a cuotas” que suscribieron los usuarios que se acogieron a la oferta promocional coartan su libertad, toda vez que no existe determinación alguna sobre su terminación, así como tampoco los acuerdos del “contrato único de servicios móviles pospago”, en el que se indica específicamente que se podrá terminar en cualquier momento sin penalidades, es decir no existían cláusulas de permanencia.

En ese sentido indica que Comcel, para la época de los hechos, también ofertaba los mismos equipos móviles con y sin planes a cuotas, y de acogerse a esta modalidad lo podían realizar sin acogerse al incentivo, circunstancias que no fueron desacreditadas por la SIC; además puntualiza, los descuentos comerciales no coartan la libertad del usuario pues aquellos tienen el propósito de fidelizar sus clientes sin que ellos vulnere derecho alguno, por el contrario permite que exista más competencia entre los distintos operadores.

Puntualiza entonces que la promoción no implica la aplicación de una cláusula de permanencia mínima, se trata de diversos incentivos que se causan con el transcurso del tiempo, y por ende el usuario puede terminar su contrato con el operador y activar su equipo con otro.

Por su parte, el **Ministerio Público**, presentó su concepto y en primera medida trajo a colación el marco jurídico establecido para el sector de las comunicaciones establecido para la protección de libre elección y el establecimiento de las cláusulas mínimas de permanencia consagrados en la Resolución No. 3066 de 2011, así como el contenido y alcance de los principios de legalidad y tipicidad, los que no considera infringidos por la demandada, así como tampoco el derecho de audiencia y defensa.

En un segundo terminó indicó que la conducta desplegada por Comcel si infringió la normativa señalada y que la sanción impuesta respetó los criterios de dosificación contenidos en la Ley 1341 de 2009.

III. CONSIDERACIONES

3.1 Competencia.

El Tribunal es competente para conocer del presente medio de control conforme lo establece el N° 3 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que en la demanda se controvierten actos administrativos proferidos por una Autoridad del orden nacional (Superintendencia de Industria y Comercio), y a título de restablecimiento del derecho se solicita la devolución del valor de la sanción impuesta correspondiente a cuatro mil ochocientos treinta y ocho millones trescientos noventa mil cinco pesos (\$4.838.390.005), cifra que supera los 300 SMLMV para la fecha de interposición de la demanda.

3.2. Legitimación en la causa

En principio expondremos que de conformidad con el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos contenciosos administrativos, podrán obrar como demandantes y demandados, los sujetos de derecho que respectivamente acrediten ostentar, legitimidad para accionar a través del medio de control que se ajusta a su *causa petendi*, y la legitimación para ser convocado en la causa por pasiva.

Así mismo, que la precitada norma en concordancia con el artículo 138 del mismo estatuto normativo, prevén que en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, la **legitimación en la causa por activa** está reservada para aquella que sintiéndose lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, pretenda pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular y el restablecimiento del derecho e incluso la reparación del daño que le haya sido irrogado. En tanto, que la **legitimación en la causa por pasiva** recae sobre la entidad, órgano u organismo estatal que haya expedido el acto administrativo o producido el hecho generador del daño.

Y que respecto de la legitimación, el Honorable Consejo de Estado ha indicado que:

“(…) de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación existen dos clases de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente,

en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.

En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda -en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones”². (Negrita y subrayado fuera del texto).

En el caso concreto se tiene que las partes se encuentran debidamente legitimadas en el proceso contencioso administrativo, tal y como a continuación se indicará.

3.1.1 Por activa:

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la empresa COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., se encuentra legitimada materialmente por activa para impugnar los actos administrativos expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, cuando ésta funge como autoridad en el sector de las Telecomunicaciones, justamente por el contexto en que se emite el acto administrativo susceptible de pretensión de nulidad, esto es, por la comisión de una infracción al Régimen de Protección a Usuarios de Servicios de Comunicaciones al trasgredir lo dispuesto en el literal b) del artículo 10.1 y el artículo 17A de la Resolución CRC 3066 de 2011, frente a lo cual se impone una sanción de multa a través de los actos demandados afectando a la sociedad demandante, por lo que resulta apenas razonable, que al sentirse esta última perjudicada con la decisión, se encuentra materialmente legitimada para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, invocando como en el caso, cargos de nulidad de falta de competencia, desconocimiento de los derechos de audiencia y de defensa, infracción a las normas en que debía fundarse y falsa motivación.

3.1.2 Por pasiva:

Así mismo, se encuentra legitimada en la causa por pasiva, la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto fue la entidad que expidió los actos acusados y quien impuso la sanción administrativa de multa a la sociedad demandante.

En suma, al existir identidad en la relación sustancial y la relación procesal demandante - demandado, establecida entre las partes con los actos administrativos demandados, el presupuesto de legitimación en la causa se encuentra reunido para proferir sentencia de fondo.

3.3 Planteamiento del Problema Jurídico principal

En ese orden de ideas, para la Sala el **problema jurídico principal** consiste en determinar si los actos administrativos demandados, esto es, si la *Resolución No. 62889 del 26 de Septiembre de 2016* por medio de la cual se impuso una sanción administrativa a la sociedad demandante y las *Resoluciones Nos 87851 del 20 de diciembre de 2016 y 7862 del 27 de Febrero de 2017* por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación respectivamente, fueron expedidas o no con infracción de las normas en que debían fundarse violación al

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 30 de enero de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicado número 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610).

debido proceso, vulneración de los principios legalidad, tipicidad, *non bis in idem*, proporcionalidad y dosimetría de las sanciones y desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, y de ser así adicionalmente analizar si hay lugar al restablecimiento del derecho, esto es, la devolución del dinero pagado con ocasión de la multa impuesta o su disminución, o por el contrario, le asiste la razón a la entidad demandada en la legalidad de los actos administrativos, por cuanto, la Superintendencia de Industria y Comercio adelantó los procesos sancionatorios en cumplimiento del trámite que lo rige y las garantías que le asisten, y por ende no se emitieron actos administrativos con infracción en las normas en que debía fundarse y en ese mismo sentido la sanción impuesta, cumple con los requisitos de proporcionalidad y razonabilidad.

Como problemas jurídicos asociados se evidencian:

- i) Si los artículos 10.1 y 17A de la Resolución CRC 3066 de 2011 prohíben o no cualquier relación entre el contrato de adquisición del equipo y el de la prestación del servicio en la que las condiciones y restricciones de uno, afecten modifiquen o incidan en el otro y viceversa.
- ii) Si COMCEL S.A incumplió o los artículos 10.1 y 17A de la Resolución CRC 3066 de 2011, al ofertar la Adquisición de determinados terminales móviles con un pago diferido a 12 o 24 cuotas con COMCEL, con un plan activo con un cargo fijo mensual desde 69.900 o 71.900 pesos y requiriendo que el usuario no se encuentra en mora.
- iii) Si con el mencionado beneficio comercial se está o no obligando al usuario a la realización de acuerdo de exclusividad, o si está o no limitando, condicionado o suspendiendo el derecho a la libre elección del usuario, o creando cláusulas mínimas de permanecía
- iv) Si para la imposición de la sanción se estudiaron todos los criterios señalados artículo 66 de la Ley 1341 de 2009 o si por el contrario esta fue desmedida pues la entidad demandante no logró demostrar que el daño producido fuera cierto, demostrable y verificable, así como tampoco se tuvo en cuenta que COMCEL S.A. no ha sido reincidente.

3.4. Resolución del problema jurídico en el caso concreto: Exposición de razonamientos legales de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios y análisis crítico de las pruebas obrantes en el plenario.

Para resolver la Sala abordará i) el marco jurídico establecido para el sector de las telecomunicaciones y en especial la actividad desplegada por la Superintendencia de Industria y Comercio; y posteriormente, ii) el Análisis de los cargos formulados, esto es si los actos administrativos demandados se expidieron o no con infracción a las normas en que debía fundarse, violación al debido proceso, vulneración de los principios legalidad, tipicidad, *non bis in idem* proporcionalidad y dosimetría de las sanciones y desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa.

3.4.1. Marco jurídico establecido para el sector de las telecomunicaciones y en especial la actividad desplegada por la Superintendencia de Industria y Comercio

Sobre el marco jurídico en el cual se desarrolla la prestación de los servicios de

telecomunicaciones por parte de los proveedores, es necesario hacer referencia a la disposición fundamental contenida en el artículo 78 constitucional, relacionada con la especial protección de los usuarios en el marco de la adquisición de un servicio, así:

“Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En esa medida, la Ley 1341 de 2009 procedió a establecer el marco general para la formulación de las políticas públicas del sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y dentro de estas la protección al usuario dada su especial intervención así:

“ARTÍCULO 4. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL SECTOR DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES. En desarrollo de los principios de intervención contenidos en la Constitución Política, el Estado intervendrá en el sector las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones para lograr los siguientes fines:

1. Proteger los derechos de los usuarios, velando por la calidad, eficiencia y adecuada provisión de los servicios. (...) (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Ahora, en este mismo cuerpo normativo se estableció en el Título IX un régimen de infracciones y sanciones con el fin de mantener el normal funcionamiento de la normatividad del sector, dentro del cual se observa en el artículo 64 la individualización de las infracciones al ordenamiento del sector de telecomunicaciones, de las cuales devienen las sanciones establecidas en el artículo subsiguiente, con lo cual se estructura el marco normativo para la adecuación de las conductas transgresoras y su consecuencia jurídica.

A su turno, como parte integrante de la normatividad del sector de las telecomunicaciones se dispuso una reglamentación para la protección de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones contenido en la Resolución CRC 3066 de 2011 “*por la cual se establece el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Comunicaciones*”, que buscaba en su momento no solo regular las relaciones surgidas en virtud del ofrecimiento y prestación de los servicios de telecomunicaciones, entre los suscriptores y/o usuarios y los proveedores de las redes y servicios de telecomunicaciones del Estado, sino también brindar una especial protección a esos usuarios, de conformidad con el mandato constitucional establecido en los artículos 334 y 365 superiores, para lo cual consagró toda una relación de derechos y garantías que deben brindar los proveedores del servicio, las obligaciones de los usuarios, las condiciones del servicio prestado, entre otras.

3.4.2. Análisis de los cargos formulados

3.4.2.1. Infracción de las normas en que debía fundarse-vulneración al debido proceso. (principios de legalidad, tipicidad, congruencia, *non bis in idem* y proporcionalidad)

- Principios de legalidad y tipicidad

La empresa demandante considera que se ha violado el **principio de tipicidad y legalidad** por parte de la entidad pues la conducta desplegada por Comcel no se adecua a las prohibiciones contenidas en los artículos 10.1, literal b) y 17A de la Resolución CRC 3066 de 2011, pues los supuestos de hecho señalados en la norma no coinciden con lo que se ofertó en las piezas publicitarias y por ende no existe la configuración de la falta, razón por la que argumenta que en ningún momento se limitó, condicionó o suspendió el derecho a la libre elección de los usuario, toda vez que los contratos de prestación de servicios y los de adquisición de terminales, producto de un beneficio comercial, además de ser independientes no imponen ni cláusulas de permanencia o configuran un acuerdo de exclusividad.

Al respecto, lo procedente será entonces valorar las pruebas obrantes en el expediente administrativo allegado al proceso con el fin de determinar si en efecto el extremo actor infringió o no el régimen de protección al usuario, o si por el contrario le asiste razón a la entidad demandada al haber impuesto una sanción a Comcel.

De conformidad con lo anterior, las pruebas aportadas al proceso a través del expediente administrativo, se logra acreditar que Comunicación Celular S.A. a través de medios impresos y de su portal web divulgó diversas piezas publicitarias mediante las cuales se ofertaba las terminales móviles de marca Galaxy S6, Iphone 6S y Huawei P8, en las siguientes condiciones:

A. *“Págalo a 24 cuotas desde \$102.751 mensuales y te regalamos 6 cuotas de tu Iphone 6S*

Términos y condiciones

- *Las cuotas de obsequio se aplican al diferir el equipo a 24 cuotas activándose en el plan que el usuario elija libremente con un cargo fijo mensual desde \$ 69.000 impuestos incluidos.*
- *El usuario recibe gratis las cuotas de los meses 2,6,12,16,18 y 24*
- *Aplica para activaciones, mitigación, portaciones y reposiciones en planes pospago*
- *El usuario firma contratos independientes para adquirir el equipo a cuotas y el plan de servicios mensual.*
- *Ventas a cuotas y pago inicial del equipo sujeto a condiciones de crédito. Al momento de la compra el cliente cancela el valor de la SIM CARD, el pago de la primera cuota de equipo y el 100% del IVA. Para la línea nueva adicionalmente cancela el primer cargo fijo mensual anticipado del plan pospago.*
- *Para recibir el beneficio, el usuario debe estar activo en el servicio y no presentar mora.*
- *Promoción válida hasta el 30 de noviembre de 2015 o hasta agotar las 2.000 unidades disponibles del Iphone de 16GB y 2000 unidades disponibles de iPhone Os plus 16GB*
- *Esta oferta es personal e intransferible.*

El prestador de soluciones de telefonía móvil es Comcel S.A.”

B. Lleva el nuevo celular Huawei P8 edición limitada hasta con 6 cuotas gratis

Huawei P8 edición James Rodríguez

Términos y Condiciones

- *El celular Huawei P8 soporta la banda 7 que opera en Claro y la banda 4 (AWS) de los operadores*
- *En zonas sin cobertura 4G LITE, soportará la velocidad de conexión de las redes 2G Y 3G.*
- *La garantía de los equipos ampara la calidad de los mismos y el correcto funcionamiento bajo las características requeridas por el periodo de 12 meses, contados a partir de la adquisición de los mismos por el cliente final.*
- *Las 6 cuotas de obsequio aplican al diferir el equipo a 24 cuotas, para aquellos planes en los que el usuario elija libremente activarse con cargo fijo mensual desde \$69.900 (impuestos incluidos) y recibe gratis las cuotas 2,6,12,16,18 y 24.*
- *Para recibir este beneficio el usuario debe estar activo y no presentar mora.*
- *El valor de \$49.100 corresponde al valor del equipo a 24 cuotas. Venta a cuotas y pago inicial del equipo sujeto a condiciones de crédito y activación. En el momento de la compra el cliente cancela el primer cargo mensual anticipado del plan plan postpago, el valor de la SIM card, el pago inicial del equipo y el 100% del IVA. El usuario firma contratos independientes para adquirir el equipo a cuotas y el plan de servicio mensual.*
- *Por la compra de la edición limitada P8 James recibe el celular Huawei P8 con la firma digital de James Rodríguez SD Card de 4GB con contenido de fotos y videos de James.*
- *Todos lo accesorios están incluidos en la caja del equipo 3000 unidades disponibles.*
- *Vigencia desde el 14 de octubre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015 y/o hasta agotar existencias.*

El prestador de soluciones de telefonía móvil es Comcel S.A

C. Compra el Mate S a 24 cuotas sin intereses y Claro te regala 12 cuotas

- *El Huawei soporta la banda 7 que opera en Claro y la banda 4 (AWS) de los otros operadores de servicios móviles. En zonas sin cobertura 4GLTE soportará la velocidad de conexión de las redes 2G y 3G*
- *Claro te regala hasta 12 cuotas de tu Huawei Mate S al diferir el equipo a 24 cuotas activándose en el plan que el usuario elija libremente con un cargo fijo mensual desde \$71.900 impuestos incluidos. El usuario recibe gratis las cuotas de los meses 2,4,6,8,10,12,14,16,18,20,22 y 24. Aplica para activaciones, migración, portaciones y reposiciones en planes postpago.*
- *El usuario firma contratos independientes para adquirir el equipo a cuotas y el plan de servicio mensual. Ventas a cuotas y pago inicial del equipo sujeto a condiciones de crédito y depende del plazo y del equipo seleccionando por el cliente. Al momento de la compra el cliente cancela el valor de la SIM Card, el pago de la primera cuota del equipo y el 100% del IVA. Precio de contado \$2.065.900 IVA incluidos. Para la línea nueva adicionalmente cancela el primer cargo fijo mensual anticipado del plan postpago. Para recibir el beneficio, el usuario debe estar en el servicio y no presentar mora. Promoción válida hasta el 29 de febrero o hasta agotar existencia.*

Unidades disponibles de Huawei Mate S: 2900.

D. En Navidad claro te regala la mitad de tu Smartphone-Una cuota la pagas tu, una cuota la paga claro

(...)

Términos y condiciones:

1. *Aplica para activaciones, migraciones, portaciones y reposiciones postpago en planes Masivo y Empresariales con cargo fijo mensual desde \$71.900 impuestos incluidos.*
2. *En total son 12 cuotas de obsequio en los meses 2,4,6,8,10,12,14,16,18,20,22 y 24. El usuario solamente paga las cuotas 1,3,5,7,9,11,13,15,17,19,21 y 23.*
3. *El obsequio de las 12 cuotas aplica para los usuarios que dieran los Smartphones indicados a 24 meses.*
4. *Para recibir el beneficio el cliente realiza un cambio de plan con un cargo fijo mensual menor a \$71.900 perderá el derecho a recibir el beneficio.*
5. *Si luego de aplicado el beneficio el cliente realiza un cambio de plan con un cargo fijo mensual menor a \$71.900 perderá el derecho a recibir el beneficio.*
6. *Si el cliente en cualquier momento decide pagar de inmediato las cuotas pendientes (aceleración de cuotas), pierde el beneficio.*
7. *La venta a cuotas y el pago inicial del equipo está sujeto a condiciones de crédito y activación.*
8. *En el momento de la compra, el cliente debe cancelar, el valor de la Simcard, el pago inicial del equipo y el 100% del IVA, para activaciones de líneas nuevas adicional deberá pagar el primer cargo fijo mensual.*
9. *No acumulable con otras promociones vigentes ya sea de equipo o de servicio.*
10. *Si el usuario cancela el servicio se retira antes de terminar el plazo de los 24 meses, el contrato de compra venta del equipo se mantiene por el plazo pactado. El obsequio de las cuotas gratis en el equipo, no se entregará desde el ciclo siguiente a la desactivación ni por los meses restantes hasta finalizar el pago del equipo en los 24 meses.*
11. *Promoción válida hasta el 31 de diciembre y/o hasta agotar existir.”*

Por otra parte, la sanción impuesta a Comcel S.A. a través de la Resolución No. 62889 del 26 de septiembre de 2016 se fundamenta en la vulneración de lo previsto en el **literal b del numeral 10.1 del artículo 10 y en el artículo 17 A de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC**, puesto que:

1. Las piezas analizadas restringen el derecho de libre elección de los usuarios toda vez que publicitaban unos incentivos asociados a las ofertas promocionales sobre los equipos móviles que podían ser adquiridos a cuotas, cuyo **acceso** estaba condicionado a la suscripción de un contrato de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad pospago, cuyo cargo básico mensual fue preestablecido por el proveedor, pues no podía ser menor a un valor mínimo ya determinado.

Adicional a lo anterior, argumentó que la **conservación** de dichos beneficios también dependía del servicio de comunicaciones pues este debía estar activo y no presentar mora y en caso de realizar un cambio de plan disminuyendo el monto estipulado o cancelando la prestación, terminarían los incentivos.

2. Existe una codependencia del contrato de compraventa de los equipos terminales móviles al contrato de prestación de servicios de comunicaciones, la cual se evidencia en la existencia de distintas condiciones para su adquisición como la activación de un plan pospago con un cargo mínimo básico determinado en las piezas publicitarias y las consecuencias generadas por la disminución del cargo básico, la terminación del acuerdo antes de finalizar el plazo precisado e incurrir en mora.

Por ende, a su juicio, se impuso a los clientes que compraron los equipos terminales bajo unos incentivos comerciales, la contratación de un plan pospago con condiciones predeterminadas, poniendo de presente la pérdida de esos beneficios si aquellos disminuyeran o cancelaran el servicio de comunicaciones con el proveedor.

Sin embargo, el demandante considera que se vulnera los principios de legalidad y tipicidad, pues la inclusión de descuentos en la venta de terminales móviles - *consistentes en que aquel asumiría algunas cuotas del equipo celular* - como los aquí señaladas no están incluidas dentro de las previsiones hechas en el **literal b del numeral 10.1 del artículo 10 de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC** ya que aquellos no limitan, condicionan o suspenden el derecho de libre elección de los usuarios de escoger el proveedor de servicios de comunicaciones, pues estos podían adquirir el terminal con Comcel y activarlo bien otro operador o en este proveedor pero en las condiciones señaladas en la oferta para obtener la reducción comercial, no obstante en caso de no estar de acuerdo, podía finalizar el contrato sin penalidad alguna y con la única consecuencia de perder dicho beneficio, por lo que deberá cancelar el equipo en escenarios comerciales normales.

En atención a lo anterior, puntualiza que ni el bien ni el servicio de comunicaciones se ofrecían inescindiblemente uno del otro, razón por la que, no existe un acuerdo de exclusividad pues, en caso de considerarlo necesario podía terminar en cualquier momento el contrato de servicios y entonces, activar la terminal con operador de su preferencia.

Adicional a ello, refiere en lo atinente al **artículo 17A de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC** que la normativa no prohíbe que la compañía que presta los servicios de comunicaciones pueda vender equipos con financiamiento, pues dicha normativa lo que propende es por la independencia de los contratos, más no proscribire que las obligaciones de uno de ellos, pueda tener como referente lo previsto en otro.

Adicional a ello, indica que en ningún momento de incluyó cláusulas de permanencia pues los usuarios en cualquier momento podían cambiar el proveedor de servicios de comunicaciones móviles sin que se genere sanción, ya que solo se tendría como consecuencia que se pagara el equipo móvil en condiciones comerciales.

Ahora bien, analizadas las piezas publicitarias la Sala corrobora que las piezas que fueron tenidas en cuenta por la Superintendencia de Industria y Comercio para imponer la sanción en contra de Comunicación Celular S.A, publicitaban ofertas comerciales que consistían en la venta a cuotas de equipos móviles de alta gama.

De su lectura se puede advertir que la demandante brindaba a sus usuarios la oportunidad de recibir de manera gratuita algunas de las cuotas -*seis o doce*- que debían cancelar por las terminales, si aquellos activaban y mantenían activo el servicio de telecomunicaciones con el mismo prestador en la modalidad pospago con un cargo mínimo fijo determinado el cual oscilaba entre \$69.000 y \$71.900, sin incurrir en mora.

De esta manera, tal y como se lee de las piezas antes descritas y como lo reconoce el mismo el libelista, para **acceder y mantener** el beneficio otorgado referente a las cuotas que recibirían de obsequio por parte de Comcel S.A, los clientes debían cumplir las siguientes condiciones: i) firmar un contrato de prestación de

servicios móviles con ese proveedor, ii) que el servicio se mantuviera activo en un plan no inferior al monto estipulado y iii) que no se incurriera en mora. En ese escenario, se concluye que, **si el usuario realizaba el cambio de operador, variaba el plan fijo mensual a uno de inferior valor al estipulado, cancelaba el contrato suscrito, perdería el incentivo otorgado y debía cancelar el dispositivo condiciones comerciales normales, es decir pagando el valor total del equipo.**

En ese contexto se observa que la investigación administrativa se inicia tanto por la vulneración del derecho de la libre elección de los usuarios como por el establecimiento de cláusulas de permanencia, situaciones que a consideración del demandante no tuvieron ocurrencia, en primera medida porque la normativa no prohíbe ofertas cuyo objeto sea la fidelización de sus clientes o que existan obligaciones interrelacionadas entre los contratos de servicios de telecomunicaciones y además porque aquellos fueron ampliamente de las condiciones en se adquirirían los equipos móviles, además la venta de las terminales como la prestación de servicios de comunicaciones se propusieron de manera independiente, pues acuerdos se firmaron por separado.

Sobre estos aspectos, vale la pena aclarar que en los términos y condiciones de las piezas publicitarias objeto de sanción, “*el usuario firma contratos independientes para adquirir el equipo a cuotas y el plan de servicios mensual*”, no obstante, dicha circunstancia no es suficiente para acreditar el cumplimiento de las normas relacionadas con la protección al usuario es necesario tener en cuenta cuales son los supuestos de hecho que son reprochables a través del **literal b del numeral 10.1 del artículo 10 y el artículo 17A de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC,** los cuales indican:

“Artículo 10. Derechos y obligaciones de los usuarios de los servicios de comunicaciones. El presente artículo contiene a manera de resumen y, en forma general, los principales derechos y obligaciones de los usuarios, los cuales se desarrollan de manera detallada a lo largo de la presente resolución.

10.1. Son derechos del usuario de los servicios de comunicaciones, los siguientes:

*b) **Elegir libremente el proveedor,** los equipos o aparatos necesarios para la prestación de los servicios, los servicios de su elección y **el plan tarifario,** lo anterior de acuerdo a sus necesidades personales;*

ARTÍCULO 17A. PROHIBICIÓN DE ESTABLECIMIENTO DE CLÁUSULAS DE PERMANENCIA MÍNIMA EN COMUNICACIONES MÓVILES. A partir del 1o de julio de 2014, los proveedores de servicios de comunicaciones móviles que ofrezcan de manera individual o empaquetada dichos servicios, en ningún caso podrán ofrecer a los usuarios, ni incluir en los contratos, tanto de prestación de servicios de comunicaciones móviles como de compraventa de equipos terminales móviles, cláusulas de permanencia mínima, ni siquiera con ocasión del financiamiento o subsidio de equipos terminales móviles, ni del financiamiento o subsidio del cargo por conexión, ni por la inclusión de tarifas especiales que impliquen un descuento sustancial.

*Para el efecto, los contratos de prestación de servicios de comunicaciones móviles y los contratos de compraventa o cualquier acto de enajenación de equipos terminales móviles u otros equipos requeridos para la prestación del servicio, deberán pactarse de manera independiente con el usuario. Los contratos de compraventa de equipos terminales móviles deberán incluir las condiciones relativas a la forma de pago, cuando se establezca entre las partes una obligación de pago diferido. **Queda prohibido a los proveedores de servicios de comunicaciones móviles condicionar la celebración de los contratos de prestación de servicios a la venta de dichos equipos, por lo que el usuario***

puede adquirir el equipo terminal móvil de su elección a través de la persona autorizada que este desee. Los proveedores de servicios de comunicaciones móviles tampoco podrán condicionar la compraventa o cualquier acto de enajenación de los equipos terminales móviles a la celebración de los contratos de prestación de servicios de comunicaciones móviles.

PARÁGRAFO 1o. De acuerdo con lo establecido en el numeral 8 del artículo 64 de la Ley 1341 de 2009, constituyen una infracción a la ley de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la realización de subsidios cruzados entre el servicio de comunicaciones móviles y la venta de equipos terminales móviles.

PARÁGRAFO 2o. El Comité de Comisionados de la Comisión de Regulación de Comunicaciones podrá modificar la fecha a la que hace referencia el presente artículo”

En ese orden de ideas es claro que **la protección de la libertad de elección del usuario** abarca la escogencia no solo de su proveedor del servicio de comunicaciones, sino también la posibilidad de optar entre todos los planes tarifarios y terminales móviles que le sean ofrecidos, el que considere se ajusta mejor a sus posibilidades y en ese orden de ideas, cualquier acción que despliegue el proveedor dirigida a cercenar, imposibilitar, suspender o mermar esa prerrogativa está totalmente proscrita.

Respecto **a la prohibición de las cláusulas de permanencia**, la Comisión Nacional de Regulaciones fue clara al determinar que: i) aquellas no podían establecerse ni aun en caso de financiamiento, subsidio o descuento para la compra de equipos móviles; ii) los contratos para la adquisición de celulares y para la prestación de servicios de comunicaciones deben establecerse y firmarse por separado; iii) los operadores no pueden condicionar la adquisición o cualquier acto de enajenación de las terminales a la celebración de contratos para la prestación del servicio móvil y iv) es una violación a la ley la realización de subsidios cruzados entre el servicio de comunicaciones móviles y la venta de equipos terminales móviles.

Ahora, contrastadas las piezas publicitarias de Comcel S.A. con las disposiciones normativas que la Superintendencia de Industria y Comercio consideró vulneradas, se evidencia que contrario a lo sostenido por la demandante la conducta desplegada si coincide con los supuestos normativos allí descritos y en ese orden de ideas se evidencia que:

- i) Si hay vulneración del **literal b del numeral 10.1 del artículo 10**, es decir de la libertad de elección del usuario, pues para **adquirir y posteriormente mantener** el incentivo económico ofertado el cliente, relacionado **el obsequio de 6 o 12 cuotas del financiamiento del equipo terminal**, debía conservar su vínculo para la prestación del servicio de telecomunicaciones con Comcel S.A., lo que traduce que no podía optar por otro operador, porque de hacerlo, es decir adquirir el celular y no activarlo con el prestador o terminar el contrato suscrito, o no tendría ese beneficio (en el primer escenario) o lo perdería (en el segundo escenario).

Así las cosas, si bien en el libelo se expuso que el usuario tenía diversas alternativas, *-como adquirir el equipo y activarlo en otro operador, o terminar el contrato anticipadamente-* ya que el terminal y el servicio se ofrecieron de manera independiente, lo cierto es que para ser destinatario de la oferta no podía elegir el prestador que más le conviniera, por ejemplo, que diera por menor costo los mismos recursos, puesto que estaba obligado a mantener el mismo operador de servicio de comunicación, o de lo contrario

en palabras del extremo actor **la consecuencia sería perder dicho beneficio y cancelar el equipo en escenarios comerciales normales.**

En igual sentido, lo atinente a la libertad de elección del plan tarifario, pues esta también se ve **limitada** por Comcel S.A., pues otra de las condiciones para **acceder y mantener** el beneficio comercial ofertado en las piezas publicitarias objeto de reproche, era precisamente adquirir planes pospagos de valores mínimos estipulados en las mismas ofertas, que asedian a **sesenta y nueve mil pesos (\$69.000)** y **setenta y un mil novecientos (\$71.900)**, razón por la cual, en caso de que el cliente adquiriera la terminal, pero optara un servicio más económico, no sería acreedor del incentivo o si luego de la firma del contrato decidiera cambiar para disminuir la suma que venía cancelando mensualmente, como se dijo antes, perdería también este beneficio y por ende debería para la terminal en escenarios comerciales normales.

En ese orden de ideas, para la Sala se estima acreditado que el demandante a través de las ofertas publicitarias sí vulnera la libre elección del usuario pues lo conminaba a cambio de recibir y mantener el incentivo económico ofrecido, a firmar y conservar con este un vínculo de prestación de servicios de comunicaciones con un monto específico, sin que este pudiera ser terminado o disminuido, pues de hacerlo, perdería entonces los beneficios ofrecidos relativos a la terminal móvil.

- ii) Sí existen cláusulas de permanencia impuestas por el demandante, puesto que contrario a lo considerado por aquel no es suficiente que se hubiesen firmado contratos distintos para adquisición de los equipos celulares y para la prestación de servicios de comunicaciones, cuando es claro que existe una interdependencia entre ellos; en efecto, no es correcta la conclusión a la que llegó el extremo actor al indicar que la norma no proscribía que las cláusulas de cada uno de esos, modifiquen o incidan en el otro y viceversa, pues **Resolución 3066 de 2011 de la CRC,** prohíbe específicamente el condicionamiento de la compraventa o cualquier acto de **enajenación**, a la suscripción de un acuerdo para la prestación de servicios móviles.

En ese contexto, resulta evidente que el cliente que deseaba adquirir en Comcel S.A. un celular de alta gama y pagarlo a plazos, dicha sociedad le ofertaba obsequiarle 6 o 12 cuotas, dependiendo la forma de financiamiento, siempre y cuando este firmara un contrato de prestación de servicios de comunicaciones en un plan pospago y con un cargo fijo, acuerdo que no podía ser terminado y disminuido por cuanto de ser así, no accedería o perdería tal beneficio que se constituye como un acto de enajenación, pues se promete en el marco de la compraventa de la terminal.

Así pues no cabe la menor duda que el usuario debía entonces, para acceder y conservar el incentivo ofertado, **iniciar y permanecer en las condiciones ya indicadas** una relación comercial con el libelista en calidad de operador de servicios de comunicaciones, hasta tanto no trascurriera el término en el cual se difirió el pago del móvil es decir 12 o 24 meses según fuera el caso, por que de lo contrario perdería el beneficio y como consecuencia cancelaría la terminal en su totalidad, como en efecto lo reconoció el demandante.

Por lo anterior, aunque los contratos firmados por los clientes no contenían cláusulas de permanencia propiamente denominadas de esa manera, es claro que los usuarios no podían terminar el acuerdo suscrito cuando así lo

decidieran, hasta que no culminara el contrato de adquisición de equipos terminales móviles, luego es claro que la conducta desplegada se encuadra en la prohibición previamente señalada.

- Principios de congruencia y *non bis in idem*

A consideración de la sociedad demandante estas garantías propias del debido proceso fueron desconocidas en la actuación administrativa, teniendo en cuenta que la imputación de los cargos no fue suficientemente individualizada, pues en el acto administrativo únicamente se indicó que se habían vulnerado las dos disposiciones anteriormente precitadas sin determinar la configuración de cada uno, lo que a su vez, genera que se le esté sancionando dos veces por la misma conducta si se tiene en cuenta que la oferta comercial es el fundamento jurídico para la imposición de la multa, y en ese sentido “las faltas imputadas tiene no solo identidad de causa” y además identidad en las normas fundamento de la imputación.

A fin de resolver el problema jurídico planeado es necesario traer a colación la naturaleza del principio de congruencia en la actuación administrativa, el cual está relacionado con la correspondencia que debe existir entre el acto administrativo que imputa los cargos, la relación fáctica y jurídica y el acto administrativo que sanciona, es decir que las circunstancias de tiempo modo y lugar por las cuales se investiga, las infracciones, así como las normas que lo sustentan o que se predicen deben ser las mismas que justifican o motivan, la multa o la sanción a que hubiere lugar.

Empero, revisada la Resolución No. 31080 de 2016 “*Por la cual se inicia una investigación administrativa mediante formulación de cargos*” y la Resolución No. 62889 de 2016 “*por la cual se impone una sanción y se imparte una medida administrativa*” se advierte que, si existe congruencia tanto fáctica como jurídica, por lo que el reproche del extremo actor no está llamado a prosperar, pues en ambos actos administrativos se indica que:

- i) Comcel S.A. en medios impresos y a través de la plataforma web ofertó a través de piezas publicitar un beneficio comercial correspondiente al obsequio de algunas cuotas para los clientes que firmaran un contrato de prestación de servicios de comunicaciones en modalidad pospago con un cargo mínimo. (imputación fáctica)
- ii) En atención a dicha circunstancia, la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que la conducta desplegada violadas las disposiciones normativas contenidas literal b del numeral 10.1 del artículo 10 (el derecho de libre elección que le asiste a los usuarios) y el artículo 17A de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC. (imputación jurídica)
- iii) En virtud de ello, impuso la multa correspondiente a cuatro mil ochocientos treinta y dos millones trescientos noventa mil noventa y cinco pesos M/cte (\$4.832.390.095).

Adicional a lo anterior, debe llamarse la atención sobre la tesis expuesta por Comcel S.A., pues en su sentir no hubo especificidad por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio al indicar los motivos por los cuales sancionaba por uno y otro cargo.

Sin embargo, es evidente para la Sala, que la entidad identificó las razones por las que encontró infringida la normatividad ya señalada es decir tanto el literal b del numeral 10.1 del artículo 10, como el artículo 17A de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC, individualizados cada uno de ellos, así:

- a) A folios 26 anv y 27, la demandada desarrolló el primero de ellos, indicando que se limitó el derecho a elegir libremente el prestador de servicios de comunicaciones y planes tarifarios, al condicionar el acceso y la continuidad del beneficio comercial, a la suscripción de contrato de servicios, mantenerlo activo en modalidad pospago, sin mora y en cargo fijo determinado, so pena de perder el incentivo.
- b) A folios 27 y anv, se explicitó que existía una interdependencia entre el contrato de compraventa del equipo terminal móvil al contrato de prestación de servicios de comunicaciones, pues este último tiene incidencia en el acceso y conservación del incentivo si se tiene en cuenta los términos en los cuales se realizó la oferta comercial que exigían la activación de un plan pospago con un monto fijo, la continuidad del acuerdo hasta tanto no trascurrieran 24 meses y la prohibición de la disminución del cargo básico o la presentación de mora.

De otro lado, en lo referente a la prohibición constitucional por la que impide a las autoridades administrativas castigar a los administrativos dos veces por el mismo hecho, cuando se trate de acciones de distinta naturaleza, resulta menester aclararle al demandante el alcance de esta prerrogativa, toda vez que en virtud de aquella lo que la Superintendencia no podría hacer es nuevamente iniciar una investigación por las piezas publicitarias, es decir las que figuraron en el diario el Tiempo el sábado 9 de mayo de 2015 y las encontradas en el portal web del prestador los días 1 de diciembre de 2015 y 4 de mayo de 2016 y que fueron debidamente relacionadas en los actos que hoy se controvierte, lo que no significa, que la autoridad no pudiera analizar sí con el actuar del administrado, en este caso Comcel S.A.A , pudiera vulnerar más de una disposición normativa, como ocurrió en este caso particular, teniendo en cuenta que la oferta comercial objeto de debate de un lado limitaba el derecho de elección de los usuarios y por otro imponía cláusulas de permanencia, por ende determinar la ocurrencia de las infracciones al literal b del numeral 10.1 del artículo 10 y al artículo 17A de la Resolución 3066 de 2011 de la CRC, no constituye una violación al principio del non bis in idem, pues aunque la oferta comercial es el fundamento fáctico para la imposición de la multa, las dos faltas imputadas tienen fundamento jurídico distinto aunque se encuentren relacionados en el mismo cuerpo normativo.

Haciendo esa precisión también es importante aclarar que Comcel S.A. no fue sancionada dos veces por los mismos hechos, como lo interpreta el demandante, pues la demandada se impuso únicamente una multa en atención a la trasgresión administrativa ya reiteradas, y no dos sanciones, tal y como se lee en el artículo segundo de la Resolución 62899 de 2016:

“ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer a la sociedad COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. identificada con NIT. 800.153.993-7, una sanción pecuniaria por la suma de CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA MIL NOVENTA Y CINCO PESOS M/cte (\$4.832.390.095), equivalente a SIETE MIL NUEVE salarios mínimos mensuales vigentes (7009 smlmv)”

-Proporcionalidad de la sanción impuesta. Los presupuestos de dosificación sancionatoria contenidos en la Ley 1341 de 2009 y su aplicabilidad o desconocimiento en el caso concreto, considerando lo relacionado con la proporcionalidad entre la falta y la sanción impuesta.

A fin de resolver las objeciones presentadas por el apoderado judicial del demandante, se traerán a colación las disposiciones que sobre proporcionalidad y dosimetría de las sanciones se encuentran expresamente consagradas en la Ley 1341 de 2009:

“Artículo 65. Sanciones. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que pueda incurrir el infractor, la persona natural o jurídica que incurra en cualquiera de las infracciones señaladas en el artículo 64 de la presente ley, será sancionada, además de la orden de cesación inmediata de la conducta que sea contraria a las disposiciones previstas en esta ley, con:

1. Amonestación.
2. Multa hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales para personas naturales.
3. Multa hasta por el equivalente a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales para personas jurídicas.
4. Suspensión de la operación al público hasta por dos (2) meses.
5. Caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso.

Artículo 66. Criterios para la definición de las sanciones. Para definir las sanciones aplicables se deberá tener en cuenta:

1. La gravedad de la falta.
 2. Daño producido.
 3. Reincidencia en la comisión de los hechos.
 4. La proporcionalidad entre la falta y la sanción.
- En todo caso, el acto administrativo que imponga una sanción deberá incluir la valoración de los criterios antes anotados.”*

De la disposición normativa en cita se infiere, que las personas jurídicas que infringen el régimen de protección a los derechos del consumidor y usuario de telecomunicaciones, serán sancionadas de un lado con la orden de cesación inmediata de la conducta y de otra parte con amonestación, multas de hasta 15.0000 SMLMV, suspensión de la operación al público hasta por dos meses y caducidad del contrato o cancelación de la licencia, autorización o permiso.

Así mismo, que existe un marco normativo en el que se restringe la discrecionalidad de la Superintendencia de Industria y Comercio para la imposición de determinada sanción a una persona jurídica, *verbi gratia*, Comcel S.A., este es, el señalado en los artículos 65 y 66 de la Ley 1341 de 2009, que prevén la valoración de los siguientes criterios: gravedad de la falta; daño producido; reincidencia en la comisión de los hechos; proporcionalidad entre la falta y la sanción.

La Sala advierte que en la Resolución No. 62889 del 26 de septiembre de 2016 hizo referencia expresa a los presupuestos de la gravedad de la falta y el daño producido, explicando los criterios de dosificación en virtud de los cuales determina la sanción de multa y su cuantificación, argumentación que el recurrente contravirtió en sede administrativa y ahora judicial, sin embargo, considera el demandante se abstuvo de valorar, cuando tenía que hacerlo, el daño producido y la reincidencia en los hechos.

Sin embargo, en este punto es menester señalar que el referido artículo 66 de la

Ley 1341 de 2009 si bien exige que en el acto administrativo en el que se imponga sanción se deberán valorar los precitados criterios, no significa que en el caso concreto deba existir una concurrencia de todos los criterios, toda vez que, por ejemplo, podría presentarse el caso en que no exista reincidencia de la conducta pero sí un daño producido y gravedad de la falta, como ocurre en el *sub lite*.

En este contexto, lo procedente es analizar cada uno de los criterios de dosificación expuestos y constatará su observancia en el caso concreto:

- **Gravedad de la falta:** Este criterio tiene como fundamento que la administración en la valoración que realiza pueda determinar y sustentar que tan grande o importante es la consecuencia o efecto que genera una conducta infractora en el sector en el que se analiza, esto es, que en materia de telecomunicaciones se pueda determinar si esa conducta afecta el correcto desempeño y funcionamiento del orden jurídico que busca preservar un objetivo general para la efectiva prestación del servicio de tecnologías de la información y las comunicaciones a los usuarios y que goza de especial protección constitucional.

En ese sentido, la labor administrativa que tiene la autoridad debe ser lo más objetiva posible para poder calificar la conducta a partir de postulados generales y previstos en el ordenamiento jurídico y que busquen salvaguardar sus principios y finalidades, siempre propugnando por una debida intervención del Estado en el sector de las telecomunicaciones y así lograr darle una connotación a la falta o infracción cometida.

Lo anterior le fue puesto de presente a Comcel S.A, en la Resolución No. 62889 de 2016, puesto que *“...en consonancia con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 66 de la Ley 1341 de 2009, en la cual se estableció como criterios de las sanciones la gravedad de la falta, esta Dirección concluyó que evaluada la conducta objeto de reproche, la gravedad de la misma es de tal entidad que contraviene en varias formas lo dispuesto en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y en el artículo 17 A de la Resolución CRC 3066 de 2011 teniendo en cuenta que limitó el ejercicio del derecho de libre elección del usuario (...) condicionó la desaparición de los incentivos obtenidos (...) Así mismo debe manifestarse que las ofertas publicitarias, fueron difundidas tanto en la página web del proveedor (www.claro.com.co), como en el Diario el Tiempo, que no está de más decirlo, es uno de los periódicos que más circula en las principales ciudades de Colombia.”*³, denotaba una gravedad en la conducta cometida y por ende, una efectiva lesión o afectación no sólo a un interés jurídico de un usuario, sino además la materialización de la actuación en contravía de la normatividad que regula un determinado y específico sector, como en el presente caso, pues al ser conductas referidas a un sector cuya gestión se encuentra regulada por la administración y sometida a inspección, vigilancia y control.

Así pues, la entidad consideró su gravedad y calificó la conducta de conformidad con lo dispuesto en el Régimen de protección de los usuarios y y/o suscriptores de servicios de telecomunicaciones - Resolución 3066 de 2011 de la CRC, pues se predica de un elemento que se considera reviste importancia, ya que se trata del incumplimiento de una obligación impuesta e incluso de un reconocimiento de un derecho a un usuario que goza de especial protección.

³ Folio 32 anv Cuaderno No. 1

- **Daño Producido:** : Este hace referencia concretamente a los efectos que produce la conducta infractora o la no realización de una conducta obligatoria, es decir, que contempla la materialización de las consecuencias que se producen por parte del proveedor del servicio y que al tratarse de un sector totalmente regulado, como lo es el de telecomunicaciones, se traduce en este caso en concreto en la alteración del ordenamiento jurídico y la prestación del servicio, que generan a su vez sino además en la vulneración de los de los usuarios como bien lo manifestó la Superintendencia de Industria y Comercio, pues contrario a lo interpretado por el demandante, la entidad si llamó la atención sobre el perjuicio ocasionado al interés general pues se presenta una violación el desconocimiento de la normatividad del sector, no puede hablarse de menoscabos derechos individuales sino de la colectividad, máxime si se tiene en cuenta que las ofertas comerciarles por las cuales fue sancionada Comcel S.A. fue publicitada en medios de comunicación de amplia difusión, es decir llegó a un número importante de usuarios.

En ese orden de ideas, si se tuvo en cuenta para la imposición de la multa, con el propósito de restablecer el ordenamiento jurídico vulnerado y se re aconducente para no seguir las normas del sector.

- **Reincidencia en la Comisión de los Hechos:** En este criterio debe partirse de que claramente resulta más gravosa la comisión de una conducta que es repetitiva o reiterada que la que es cometida por única vez, en ese sentido, la reincidencia ha sido considerada como “... una especie de las circunstancias modificativas agravantes de responsabilidad, prevista en algunos ordenamientos sancionatorios, en virtud de la cual se hace más gravosa la situación del infractor cuando éste ha sido sancionado anteriormente por la comisión de otras infracciones de la misma o de distinta naturaleza. Este criterio es utilizado también por el legislador para excluir beneficios o circunstancias que actúan como atenuantes de la responsabilidad...”⁴, con lo cual, es necesario precisar que la reincidencia no implica repetición, ya que el concepto de reincidencia contiene no sólo la repetición de una conducta, sino además un desvalor o despropósito adicional de la conducta que ya fue realizada con anterioridad, razón por la que se tiene en cuenta como de mayor acontecimiento al calificar como de mayor gravedad la falta o aumentar la sanción a imponer.

Ahora, en el presente caso la entidad manifestó que (...) *la sociedad investigada no ha sido sancionada por la misma infracción a lo establecido en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y en el artículo 17 A de la Resolución CRC de 2011, ni esta Dirección ha tenido conocimiento alguno de que la conducta reprochada al proveedor se haya presentado en otros casos diferentes a los analizados en la presente investigación*”, es decir, que si fue un criterio debidamente decantado en la decisión sancionatoria, de lo que se puede concluir que en efecto al no encontrar antecedentes no podría entonces hacer más gravosa la situación del investigado, circunstancia que se refleja en el monto de la suma impuesta, pues no se fijó el valor máximo de esta.

- **Proporcionalidad entre la Falta y la Sanción:** En principio ha de señalarse que tal y como lo indicó concretamente la entidad demandada en las Resoluciones Nos. 62889 y 87851 de 2016 y 7862 de 2017, en el derecho administrativo sancionador cobra especial relevancia la facultad discrecional de que goza la

⁴ Corte Constitucional Sentencias C-290 de 2008 y 077 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Administración al momento de imponer una sanción, por lo que se hace relevante recordar que hay dos circunstancias que deben tenerse presente, por un lado, la libertad del legislador para enmarcar o delimitar los bienes jurídicos que desea proteger, con los cuales procede a establecer las conductas típicas, sin embargo, aunque el legislador tenga esa facultad de crear infracciones, clasificarlas, enumerarlas y además fijar criterios de agravación o atenuación, éste debe al momento de redactar la descripción típica realizar un juicio de proporcionalidad que permita determinar cuál o cuáles son las conductas infractoras que deben ser reprochadas por la sociedad, puesto que deben ser consonantes con los principios y garantías constitucionales y los derechos fundamentales que se encuentren protegidos, y de esta manera determinar una sanción adecuada a los fines estatales y del ordenamiento jurídico.

De esta forma, el legislador debe establecer criterios de dosimetría que le sirvan a la administración en su labor, pero a su vez delimitando su función al determinar si la conducta encuadra en una infracción y de ser así adecuarla en la categoría de la infracción correspondiente, lo cual implica que califique los incumplimientos de las obligaciones exigibles con los parámetros establecidos, justificando la decisión que adopta, considerando objetivamente las circunstancias que dieron lugar a la misma y valorando las pruebas pertinentes del caso, siendo este marco infraccional y jurídico de carácter objetivo el que le impide al funcionario pasar a la arbitrariedad a consideraciones subjetivas al momento de realizar el análisis de los criterios establecidos y adecuar la conducta a la sanción correspondiente.

Y de allí se deriva la segunda circunstancia relevante, consistente en la labor propia de la entidad que está en la posición de juzgador, frente a la cual ha señalado el Consejo de Estado:

“El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente como una regla general, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extrasistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo-. La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. En este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa. Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex-ante y otro ex-post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria...” “...Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos. Lo anterior se resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general” (...)

En tal sentido, al interior de una potestad reglada este principio también puede aplicar, sólo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional, por razones que resultan apenas obvias. Tratándose, precisamente, de las potestades regladas, la proporcionalidad ya viene calculada, solidamente -incluso muy fuertemente-, por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa. Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado...⁵ (Subrayado y Negrilla fuera de texto)

Así pues, el legislador en nuestro país estableció como uno de los criterios para sancionar en materia de telecomunicaciones el relacionado con la proporcionalidad sin especificar los parámetros a tener en cuenta para su análisis, por lo que parecería dejar a criterio de la Administración su definición para cada caso.

Sin embargo, en ese análisis y al proceder a realizar la ponderación correspondiente, queda descartada por completo cualquier posibilidad de arbitrariedad o sobredimensionamiento de la infracción, por cuanto debe corresponder la sanción con la calificación que se realice de la conducta infractora, aspecto sobre el cual también se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia C - 721 de 2015, así:

“Si bien la Corte ha admitido que el control de constitucionalidad en materia disciplinaria resulta de una intensidad menor que en materia penal, al determinar la gravedad de las faltas y la magnitud de las sanciones, el legislador debe orientarse por criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En ese orden de ideas, la jurisprudencia ha exigido que la sanción sea razonable y proporcional “a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición”.

En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma^[142], los cuales como ya se expresó están constituidos por: (i) el cumplimiento de los deberes del cargo y (ii) el aseguramiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad:

“Por lo anterior, la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron y se concluye que el derecho disciplinario, como modalidad del derecho administrativo sancionador, pretende regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública, y que, para tal cometido, describe mediante ley una serie de conductas que estima contrarias a ese

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008), C. P. Enrique Gil Botero.

cometido, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses que ellas producen”⁶.

Ahora, en el *sub lite*, este criterio fue analizado por la entidad al tener en cuenta, como bien se indicó la naturaleza de la conducta, su gravedad y daño producido, como se analizó *supra*, aunado a la importancia de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones que en este caso se encontraron vulnerados por el incumplimiento de Comcel S.A., y en virtud de eso, se le impuso la sanción final de multa consistente en treinta (7009) salarios mínimos mensuales legales vigentes, que de conformidad con los rangos establecidos, como se dijo en los actos acusados, se acerca más al mínimo que al máximo establecido en quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales, tal y como lo establece el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009.

Al respecto, la entidad hizo referencia la proporcionalidad de la sanción impuesta en la Resolución No. 7126 de 2016 al afirmar que *“Precisamente, la norma que particularmente autoriza la aplicación de la sanción en materia de servicios de comunicaciones, para el caso concreto es el artículo 65 de la Ley 1341 de 2009 modificado por el artículo 44 de la Ley 1753 de 2015, el cual estableció unos rangos máximos en atención a la naturaleza de la infracción, los que sirven de parámetro a la autoridad sancionadora para la determinación de la correspondiente sanción, permitiendo la imposición de multas hasta por el equivalente a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando se trate de personas jurídicas, tal y como sucede en este caso.*

Por lo tanto y teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es necesario imponer una sanción acorde con la gravedad de la conducta por si misma considerada y que genere un reproche adecuado y proporcional, ante un comportamiento en abierta contradicción con el Régimen Integral de Protección de los Derechos de los Usuarios de Servicios de Comunicaciones por vía de la transgresión de lo establecido en el literal b) del numeral 10.1 del artículo 10 y en el artículo 17 A de la Resolución CRC 3066 de 2011.

En el caso concreto, para la dosificación de la sanción, se tendrá en cuenta el promedio del número de abonados pospago de la sociedad Comcel S.A. para el año 2015, así mismo se tomarán en cuenta sus ingresos operacionales para el 2015 (...).”⁷

Así mismo, la Sala considera que la multa impuesta no desconoció el principio de proporcionalidad, ni carece de fundamentación en el análisis de los criterios para dosificar la sanción impuesta, pues persigue un fin legítimo (garantizar los derechos de los usuarios y del sector de telecomunicaciones) por cuanto fue atribuida una sanción correspondiente a la conducta infractora investigada, pues se comprobó que el proveedor vulneró el derecho a la libre escogencia de los usuarios así como el establecimiento de las cláusulas de permanencia, se valoró la gravedad desde una perspectiva objetiva (el sector) y la sanción no fue nimia ni excesiva al pretender garantizar que a los agentes del sector no les resulte más provechoso pagar multas de bajo valor que reconocer y re aconductuar sus actuaciones, y por tanto no hubo un indebido ejercicio de la facultad sancionatoria

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 721 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷ Folio 101 Cuaderno No. 1

de la Superintendencia de Industria y Comercio, ni el sobredimensionamiento de la conducta o de la sanción.

En resumen, puede concluirse, que el cargo enervado por el demandante no está llamado a prosperar.

3.4.2.2. Desconocimiento del derecho de audiencia y defensa

Sostiene el demandante que la autoridad vulneró sus garantías al negar la prueba testimonial solicitada y rechazar por improcedente el recurso de reposición interpuesto en contra de dicha decisión, pues a su juicio considera que el artículo 67 de la Ley 1341 de 2009 no lo prohíbe expresamente y que al tratarse de un procedimiento sancionatorio debe regularse por la normativa especial.

Al respecto, esta Corporación advierte que dicha petición fue rechazada por la Superintendencia de Industria y Comercio al considerar no esta cumplía con los requisitos de conducencia y utilidad, pues las condiciones de procedencia de los planes e incentivos que dieron sustento fáctico a la presente investigación ya estaba acreditada a través del recaudo probatorio hecha por la entidad a través de las piezas publicitarias incorporadas que daban cuenta de las características, condiciones y restricciones del proceso de adquisición de equipos terminales móviles a plazos con el incentivo consistente en el no pago de algunas cuotas.

Sin embargo, y si bien el libelista argumenta que sus prerrogativas fundamentales fueron desconocidas por la negativa recepción del testimonio, en ningún aparte del cargo esbozado explica porque la prueba si era conducente, pertinente y útil, y necesaria para acreditar algún punto de la investigación o al menos distinto a lo puesto de presente en las piezas publicitarias analizadas, adicional a ello, a través del medio de control tampoco elevó esta petición probatoria y se limitó a aportar las documentales que fueron debidamente aportadas y acreditadas, por lo que el aspecto probatorio quedó zanjado en el trámite administrativo y a instancias judiciales, aunque dicho sea de paso también hubiera sido por el Magistrado Sustanciador, pues comparte la posición de la Superintendencia, toda vez los requisitos que debían cumplir los usuarios para acceder y mantener el incentivo ofertado estaban contenidos en las piezas analizadas.

En ese orden de ideas, también es importante resaltar que en sede judicial el accionante hubiese podido elevar dicha solicitud probatoria, acreditando la pertinencia, conducencia, utilidad y necesidad del testimonio requerido para que una vez se decretara y practicara, demostrando la valía que aquel tenía de cambiar la decisión de imponer la sanción de haber sido recepcionado, sin embargo, como tal circunstancia no ocurrió, la Sala mantendrá entonces la determinación de la administración pues en efecto no es relevante

Ahora en lo que tiene que ver con la procedencia del recurso de reposición en contra del auto que negó el decreto de pruebas, es necesario traer a colación el artículo 67 de Ley 1341 de 2009, normativa estableció entre otros, el régimen jurídico aplicable a las relaciones de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones con los proveedores del servicio, según el cual se establece:

ARTÍCULO 67. Para determinar si existe una infracción a las normas previstas en esta ley se deberá adelantar una actuación administrativa que estará siempre precedida de las garantías del debido proceso, el cual incluye el derecho de defensa y contradicción. A dicha actuación se aplicarán las siguientes reglas:

1. *La actuación administrativa se inicia mediante la formulación de cargos al supuesto infractor, a través de acto administrativo motivado, con indicación de la infracción y del plazo para presentar descargos, el cual se comunicará de acuerdo con las disposiciones previstas en este artículo.*
2. *La citación o comunicación se entenderá cumplida al cabo del décimo día siguiente a aquel en que haya sido puesta al correo, si ese fue el medio escogido para hacerla, y si el citado tuviere domicilio en el país; si lo tuviere en el exterior, se entenderá cumplida al cabo del vigésimo día. Las publicaciones se entenderán surtidas al cabo del día siguiente a aquel en que se hacen.*
3. *Una vez surtida la comunicación, el investigado tendrá un término de diez (10) días hábiles para presentar sus descargos y solicitar pruebas.*
4. *Presentados los descargos, se decretarán las pruebas a que haya lugar y se aplicarán en la práctica de las mismas las disposiciones previstas en el proceso civil.*
5. *Agotada la etapa probatoria, se expedirá la resolución por la cual se decide el asunto, que deberá ser notificada y será sujeta de recursos en los términos previstos en el **Código Contencioso Administrativo**.*

De la lectura anterior, es resulta evidente que la normativa especial indica específicamente que la decisión sobre las pruebas solicitadas y decretadas, así como la procedencia de recursos sería regulada por la ley contenciosa, hoy el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el cual en su artículo 40 indica:

*ARTÍCULO 40. PRUEBAS. Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. **Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos.** El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo.*

En ese orden de ideas, si bien el extremo actor aduce que la normativa especial no limita su ejercicio, es claro que la Ley 1437 de 2017 es el instrumento normativo el que define el trámite que debe llevarse en un proceso sancionatorio adelantado por una autoridad pública y particularmente refiere que en contra el acto administrativo que decide la solicitud de pruebas no procede recurso alguno, por lo que no es de recibo el argumento del extremo actor según el cual no es posible aplicar al disposición al trámite sancionatorio.

Adicional a lo anterior, también resulta importante señalar que la disposición en mención fue objeto de análisis por parte de la Corte Constitucional quien encontró ajustada a la Carta Política tal limitación y la declaró exequible bajo el siguiente argumento:

“Si bien la conclusión del análisis de razonabilidad es suficiente para declarar la exequibilidad del enunciado demandado, resulta relevante para la Sala resaltar también que la alegada restricción al debido proceso, en sus facetas de defensa y contradicción, no tiene el alcance que el demandante le otorga, en virtud de la regulación integral que prevé el CPACA sobre la vía administrativa, y su posterior control jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso administrativa.

La restricción del derecho de defensa y contradicción que comporta la norma

cuestionada no es muy intensa pues, aunque no contempla el ejercicio de recursos en un momento procesal específico, no constituye una clausura definitiva de la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las pruebas. Para comprender esta afirmación, debe repararse en el contenido de los artículos 77 y 79 del CPACA, en los cuales expresamente se plantea la opción de solicitar pruebas al momento de ejercer los recursos de reposición y apelación. Además de ello, el interesado conserva el derecho a recurrir la decisión definitiva mediante los recursos administrativos

10.3. Por otra parte, los actos que definan la actuación administrativa son objeto de control judicial. Y un elemento del debido proceso es la motivación de las decisiones adoptadas por las autoridades públicas, como presupuesto para la erradicación de la arbitrariedad, y para el ejercicio del derecho de defensa. Esta es una de las características del Estado constitucional de derecho, donde los órganos que ejercen funciones públicas no solo deben ceñirse al principio de legalidad, sino que deben explicar la racionalidad y razonabilidad de sus decisiones a la luz de las reglas y principios del sistema jurídico. Por ese motivo, no es aceptable el argumento del accionante, según el cual la motivación carece de sentido en este escenario y priva al interesado de los medios necesarios para el control ante la jurisdicción.”⁸

Así pues, el Máximo Órgano de lo Constitucional dejó en claro que la improcedencia de los recursos en contra de la determinación de la autoridad respecto del decreto de las pruebas dentro de la investigación administrativa no constituía una restricción del derecho a la defensa si se tiene en cuenta que se podían aportar las pruebas necesarias cuando se discutiera el acto administrativo de fondo, acción que no fue desplegada por el demandante.

Por último, debe precisarse que no es posible acoger el extracto jurisprudencial traído a colación por el extremo actor, por cuanto este fue emitido dentro del trámite de un amparo constitucional en el que se enjuiciaba la decisión del Tribunal Disciplinario de la Junta de Contadores de haber rechazado por improcedente el recurso de reposición y apelación en contra del auto que negó unas pruebas, sin embargo, en dicha oportunidad el Honorable Consejo de Estado indicó en efecto que el artículo 40 no era aplicable al caso en concreto, pero esto se debió a dicha actuación sancionatoria estaba regulada por el artículo 113 y 115 del Código Disciplinario Único, por ende en ese evento en concreto no podía aplicarse la normativa general sino la especial.

Finalmente, se concluye que el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados y en ese orden de ideas las pretensiones elevadas a través del medio de control no pueden prosperar.

3.5 Condena en costas:

Según el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, salvo en los procesos en que se ventile un interés público, y su liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso:

“Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-034/14 del 29 de enero de 2014 MP. María Victoria Calle Correa Bogotá, D.C.

En virtud de lo anterior, en el artículo 365, numeral 1º del Código General del Proceso se señala que “*Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...).*”, por lo que resulta procedente la condena en costas en esta instancia a Comcel S.A. y se ordenará la liquidación de las mismas por Secretaría de la Sección.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO.- PRIMERO: DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda promovida por la sociedad Comunicación Celular Comcel S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

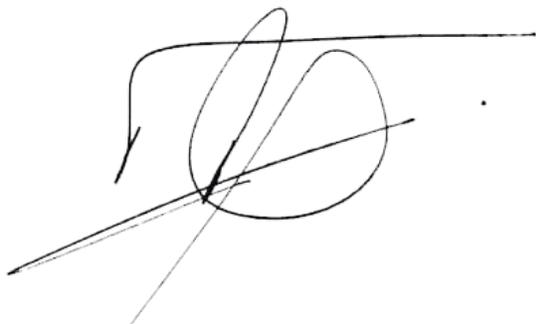
SEGUNDO.- CONDENAR en costas a la sociedad Comunicación Celular Comcel S.A. Por Secretaría proceder a liquidar las costas procesales de conformidad con lo dispuesto en el N° 1 del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, y en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado



OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Magistrado